2016년 소방간부후보생 - 행정법

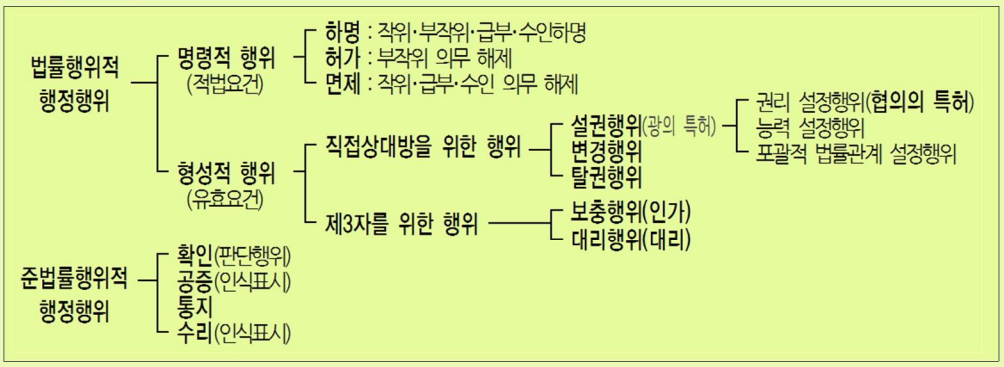
해설 : 이승철

01 행정행위의 종류 중 형성적 행정행위만으로 짝지어진 것은? 2016 소방간부

① 허가－인가 － 특허 ② 인가－면제－공법상 대리 ③ 인가－특허－공법상 대리
④ 허가－특허 － 면제 ⑤ 인가－특허－면제

해설

• 행정행위의 내용



답 ③

02 행정법은 행정목적의 효율적 실현을 위해 행정주체에게 우월적 지위를 부여하는 특성을 가진다. 이러한 특성으로 인하여 나타나는 결과로 볼 수 없는 것은? 2016 소방간부

① 행정법규의 성문성 ② 행정주체의 지배권
③ 자력강제집행력 ④ 행정행위의 공정력
⑤ 구제제도의 다양성 및 절차적 특수성

해설

① (×) 행정법규의 성문성은 예측가능성, 법적 안정성을 도모하기 위한 행정법의 규정형식상 특성으로서 행정주체의 우월적 지위 부여와 관계가 없다.
②③④ (○) 행정주체의 우월적 지위를 부여하는 행정법의 특성으로 행정주체의 지배권의 승인(명령권·형성권), 행정행위의 공정력·존속력·자력강제력(자력집행)을 든다.
⑤ (○) 행정주체가 우월적 지위에서 행한 행위로 인한 권리침해의 가능성이 크므로 다양한 권리구제제도(행정상 손해전보·행정쟁송 등)와 일정한 행정절차를 두고 있다.

■ 행정법의 특질(특수성)

규정 내용	① **행정주체의 우월성** : 행정권에 내재된 고유한 성질은 아니고, 행정의 실효성 확보를 위해 실정법에 의해서 인정된 것 ㉠ 행정주체의 지배권의 승인 : 명령권(일방적 명령·강제)＋형성권[일방적인 의사표시에 의해 법률관계(권리의무관계)를 발생·변경·소멸] ㉡ 행정행위의 공정력·존속력·자력강제력(자력집행)의 승인 ② 공익 우선성, ③ 집단성·평등성, ④ 형성 중의 법
규정 형식	① 성문성, ② 형식의 다양성, ③ 단일법전의부존재
규정 성질	① 재량성, ② 획일·강행성, ③ 기술성·수단성, ④ 명령규정성(단속법규성), ⑤ 행위규범성

답 ①

03 법무부장관이 외국인 甲에 대하여 귀화허가를 하였을 경우, 여타의 행정기관은 甲에 대한 귀화허가에 기초하여 행정행위를 하여야 한다. 이는 법무부장관의 귀화허가가 가지는 특유한 강학상의 효력 때문인데, 다음 중 어느 것인가? 2016 소방간부

① 공정력 ② 불가쟁력
③ 불가변력 ④ 강제력
⑤ 구성요건적 효력

해설

공정력 또는 구성요건적 효력과 관련된다. 문제 지문에 두 가지 다 제시된 경우 구성요건적 효력으로 보아야 한다. 양자를 구별하는 견해에 의하면 공정력은 구속력의 상대방이 **국민(행정행위의 상대방과 이해관계인인 제3자)이지만 구성요건적 효력**은 처분청·행정심판위원회·취소소송수소법원 이외의 모든 **국가기관**으로 본다.

■ 공정력과 구성요건적 효력(구별설의 주장)

구분	공정력	구성요건적 효력
내용	행정행위가 무효가 아닌 한(취소사유의 하자가 있는 행정행위라도) 상대방 또는 이해관계인은 권한있는 기관에 의해 취소되기 전까지는 그 효력을 부인할 수 없는 효력	유효한 행정행위가 존재하는 이상 모든 국가기관은 그 존재를 존중하며 스스로의 판단의 기초 내지 구성요건으로 삼아야 하는 구속력
인정이유	행정행위 상대방과의 관계에서 법적 안정성 또는 취소소송 배타적 관할에 기인한 반사적 효과로 인정	국가기관 상호간 권한 분배체계와 권한 존중의 원칙상 인정 행정기관 – 권한존중·불가침, 법원 – 권력분립원리
실정법적 근거	직접적 규정은 없으나 **취소쟁송, 직권취소 규정** 등을 간접적 근거	직접적 규정은 없으나 **권한배분과 헌법상 권력분립원리**에 근거
이론적 근거	**행정목적의 신속한 달성과 행정의 능률성 및 실효성 확보, 행정법관계의 안정과 그에 대한 상대방과 제3자의 신뢰보호**	행정기관 상호 간의 **권한존중과 불가침**(권한분배의 체계)
구속력의 상대방 법적 성질	국민(행정행위의 상대방과 이해관계인인 제3자) 절차적 구속력	처분청·행정심판위원회·취소소송수소법원 이외의 모든 **국가기관** **실체적 구속력**
선결문제	×(구별긍정론에 의한 경우)	○

답 ⑤

04 행정심판법상 심리에 관하여 명문규정이 없는 것은?

2016 소방간부

① 불고불리의 원칙
② 직권탐지
③ 직권증기조시
④ 구술심리
⑤ 심리공개주의

해설

① 제47조(재결의 범위) ① 위원회는 심판청구의 대상이 되는 처분 또는 부작위 외의 사항에 대하여는 재결하지 못한다(불고불리의 원칙).
②③ 직권심리주의는 심리에 있어서 심판기관이 당사자의 사실 주장에 근거하지 않거나 그 주장에 구속되지 않고 적극적으로 직권으로 필요한 사실상의 탐지나 증거조사를 하는 것이다(직권탐지주의·직권증거조사주의).
제39조(직권심리) 위원회는 필요하면 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 심리할 수 있다.
④ 제40조(심리의 방식) ① 행정심판의 심리는 **구술심리나 서면심리로 한다.** 다만, 당사자가 구술심리를 신청한 경우에는 서면심리만으로 결정할 수 있다고 인정되는 경우 외에는 구술심리를 해야 한다.
⑤ 행정심판의 심리와 결정을 일반에게 공개할 수 있는지에 대해 행정심판법에 명문규정이 없다. 서면심리주의, 직권심리주의를 채택한 점에 비추어 비공개주의를 원칙으로 하는 것으로 해석된다(다수설)

답 ⑤

05 국가 또는 지방자치단체의 손해배상책임과 관련하여 국가배상법, 자동차손해배상보장법, 민법 등의 법률이 있을 경우, 그 적용순서로 옳은 것은?

2016 소방간부

① 국가배상법 – 자동차손해배상보장법 – 민법
② 국가배상법 – 민법 – 자동차손해배상보장법
③ 자동차손해배상보장법 – 국가배상법 – 민법
④ 자동차손해배상보장법 – 민법 – 국가배상법
⑤ 민법 – 국가배상법 – 자동차손해배상보장법

해설

국가배상법 8조는 "국가나 지방자치단체의 손해배상 책임에 관하여는 이 법에 규정된 사항 외에는 「민법」에 따른다. 다만, 「민법」외의 법률에 다른 규정이 있을 때에는 그 규정에 따른다."라고 규정하고 있으므로 특별법(자동차손해배상보장법) ⇨ 국가배상법(일반법) ⇨ 민법 순으로 적용된다.

• 자동차손해배상보장법의 입법취지에 비추어 볼 때, 같은 법 제3조는 **자동차의 운행이 사적인 용무를 위한 것이건 국가 등의 공무를 위한 것이건 구별하지 않고 민법이나 국가배상법에 우선하여 적용된다고 보아야 한다.** 따라서, 일반적으로 공무원의 공무집행상의 위법행위로 인한 공무원 개인 책임의 내용과 범위는 민법과 국가배상법의 규정과 해석에 따라 정하여 질 것이지만, 자동차의 운행으로 말미암아 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 함으로써 발생한 손해에 대한 공무원의 손해배상책임의 내용과 범위는 이와는 달리 자동차손해배상보장법이 정하는 바에 의할 것이므로, 공무원이 직무상 자동차를 운전하다가 사고를 일으켜 다른 사람에게 손해를 입힌 경우에는 그 사고가 자동차를 운전한 공무원의 경과실에 의한 것인지 중과실 또는 고의에 의한 것인지를 가리지 않고, 그 공무원이 자동차손해배상보장법 제3조 소정의 '자기를 위하여 자동차를 운행하는 자'에 해당하는 한 자동차손해배상보장법상의 손해배상책임을 부담한다(대판 1996.3.8. 94다23876).

답 ③

06 사정판결에 대한 설명으로 옳은 것은?

2016 소방간부

① 사정판결은 청구기각이나 인용판결이 아닌 특수한 판결의 형식을 취한다.
② 사정판결을 하는 경우에 그 처분 등이 위법함을 주문에 명시하여야 한다.
③ 사정판결이 필요한가의 여부에 대한 판단 시점은 처분시이다.
④ 사정판결시 소송비용은 양 당사자가 공동으로 부담한다.
⑤ 적법한 처분에 대해 공공복리에 현저히 부적합한 경우에 사정판결로 그 처분의 취소를 구할 수 있다.

해설

① (×) 사정판결은 청구 기각판결의 형식을 취한다.
② (○) 행정소송법 제28조(사정판결) ① 원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분등이 위법함을 명시하여야 한다.

③ (×) 사정판결의 대상이 되는 위법성의 인정은 일반원칙에 따라 처분시를 기준으로 판단하지만, 사정판결의 필요성은 성질상 처분 후의 사정이 고려되어야 하므로 판결시(사실심 구두변론종결시)를 기준으로 판단한다.
④ (×) 제32조(소송비용의 부담) 취소청구가 제28조(사정판결)의 규정에 의하여 기각되거나 행정청이 처분등을 취소 또는 변경함으로 인하여 청구가 각하 또는 기각된 경우에는 소송비용은 피고의 부담으로 한다.
⑤ (×) 사정판결은 본안심리를 통해 원고의 청구가 이유 있을 것(처분이 위법할 것)을 요건으로 한다. 원고의 청구가 이유 없는 경우(처분이 적법한 경우)에는 당연히 기각판결을 하게 되므로 사정판결 문제는 발생하지 않는다.

답 ②

07 국가공무원의 징계와 관련된 설명 중 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2016 소방간부

① 견책은 징계가 아니다.
② 징계처분을 하기 위해서는 징계위원회의 의결을 거쳐야 하지만 징계위원회에서 징계혐의자에게 의견진술 기회를 부여할 필요는 없다.
③ 징계처분에 불복하여 행정소송을 제기하기 위하여는 소청절차를 거쳐도 되고 거치지 아니하여도 된다.
④ 징계권자는 징계혐의자에게 징계사유가 있다는 것이 명백한 경우 징계위원회에 징계를 요구할 의무가 있다.
⑤ 소청절차에서는 원래의 징계처분보다 중한 징계처분을 결정할 수도 있다.

해설

① (×) 국가공무원법 제79조(징계의 종류) 징계는 파면·해임·강등·정직·감봉·**견책(譴責)**으로 구분한다.
② (×) • 국가공무원법 제82조(징계 등 절차) ① 공무원의 징계처분등은 **징계위원회의 의결을 거쳐** 징계위원회가 설치된 소속 기관의 장이 하되, 국무총리 소속으로 설치된 징계위원회(국회·법원·헌법재판소·선거관리위원회에 있어서는 해당 중앙인사관장기관에 설치된 상급 징계위원회를 말한다. 이하 같다)에서 한 징계의결등에 대하여는 중앙행정기관의 장이 한다. 다만, 파면과 해임은 징계위원회의 의결을 거쳐 각 임용권자 또는 임용권을 위임한 상급 감독기관의 장이 한다.
• 공무원징계령 제11조(심문과 진술권) ② **징계위원회는 징계등 혐의자에게 충분한 진술을 할 수 있는 기회를 주어야 하며**, 징계등 혐의자는 별지 제2호의2서식의 의견서 또는 구술로 자기에게 이익이 되는 사실을 진술하거나 증거를 제출할 수 있다.
③ (×) 제16조(행정소송과의 관계) ① 제75조(징계처분 등 사유설명서의 교부)에 따른 처분, 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위(不作爲)에 관한 **행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.**
④ (○) 공무원에게 징계 사유가 있다는 것이 명백한 경우 징계권자는 반드시 징계 의결을 요구해야 하고 그 징계 의결의 결과에 따라 징계처분을 해야 한다(국가공무원법 제78조 1항). 징계의결요구는 기속행위이고, 징계종류 선택은 재량행위이다(징계의결요구는 결정재량 없음, 징계종류에 관한 선택재량만 있음).
• 징계의결요구권을 갖는 교육기관 등의 장은 통보받은 자료 등을 토대로 소속 교육공무원의 구체적인 행위가 과연 징계사유에 해당하는지에 관하여 판단할 재량을 갖는다고 할 것이지만, 통보받은 자료 등을 통해 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백하다고 확인되는 때에는 상당한 이유가 없는 한 징계의결을 요구할 의무가 있다고 보아야 한다(대판 2013.6.27. 2011도797).
⑤ (×) 국가공무원법 제14조(소청심사위원회의 결정) ⑦ 소청심사위원회가 징계처분 또는 징계부가금 부과처분(이하 "징계처분등"이라 한다)을 받은 자의 청구에 따라 소청을 심사할 경우에는 **원징계처분보다 무거운 징계 또는 원징계부가금 부과처분보다 무거운 징계부가금을 부과하는 결정을 하지 못한다.**

답 ④

08 다음 중 행정행위의 철회에 해당하지 않은 것은? 2016 소방간부

① 허위사실 기재로 인한 공무원임용 취소
② 음주운전으로 인한 운전면허 취소
③ 불법영업으로 인한 영업허가 취소
④ 중요한 공익상 필요에 따른 도로점용허가 취소
⑤ 도로 확장에 따른 주유소영업허가취소

해설

취소사유는 원시적 하자(행정행위시 성립)이며, 철회사유는 후발적 사유(하자가 아님)이다.
②③④⑤는 하자 없이 완전히 유효하게 성립한 행정행위의 효력을 성립 후에 발생한 새로운 사유(후발적 사유)를 이유로 장래에 향하여 그 효력의 전부 또는 일부를 소멸시키는 것으로 원래의 행정행위와는 독립된 행정행위인 철회에 해당한다.
①은 유효하게 성립한 행정행위의 효력을 그 성립에 하자(원시적 하자)가 있음을 이유로 권한 있는 기관이 원칙적으로 원래의 행위시에 소급하여 소멸시키는 것으로 원래의 행정행위와는 독립된 행정행위인 취소에 해당한다.

답 ①

09 대집행에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? 2016 소방간부

① 대집행을 하려는 경우 상당한 이행기간을 정하여 미리 문서 또는 구두로 계고하여야 한다.
② 대집행의 권한을 가진 자는 대집행의 대상이 되는 의무를 명하는 처분을 한 행정청이다.
③ 행정대집행법상 대집행의 대상이 되는 대체적 작위의무에는 사법상 의무는 포함되지 않는다.
④ 계고처분 후 2차 계고서를 발송고지 하였다면 그 2차 계고고지는 행정처분에 해당하지 않는다.
⑤ 대집행실행이 완료된 경우 대집행영장통지에 대한 항고소송은 소의 이익이 없다.

해설

① (×) 행정대집행법 제3조(대집행의 절차) ① 전조의 규정에 의한 처분(이하 대집행이라 한다)을 하려함에 있어서는 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 이행되지 아니할 때에는 대집행을 한다는 뜻을 미리 **문서로써 계고해야 한다.**
② (○) 대집행을 할 수 있는 자는 당초에 의무를 명하는 행정행위를 한 행정청(처분청, 하명청)이다. 대집행권자인 행정청의 위임이 있으면 다른 행정청(수임청)도 대집행의 주체가 될 수 있지만, 상급행정청(감독청)이나 행정청의 위임을 받아 대집행을 실행하는 제3자·법원·집행관은 대집행주체가 아니다.

③ (○) 대집행 대상은 공법상 의무의 불이행이며 사법상 의무의 불이행은 대상이 아니다.
• 행정대집행법상 대집행 대상인 대체적작위의무는 공법상 의무여야 하는데, 구 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」에 따른 토지 등의 협의취득은 공공사업에 필요한 토지 등을 그 소유자와의 협의에 의해 취득하는 것으로서 공공기관이 사경제주체로서 행하는 사법상 매매나 사법상 계약의 실질을 가지므로, **협의취득시 건물소유자가 매매대상 건물에 대한 철거의무를 부담하겠다는 취지의 약정을 했더라도 이 철거의무는 공법상의 의무가 될 수 없고,** 이 경우에도 행정대집행법을 준용하여 대집행을 허용하는 별도의 규정이 없는 한 위와 같은 **철거의무는 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되지 않는다**(대판 2006.10.13. 2006두7096).
④ (○) 계고가 반복된 경우 1차 계고만이 처분성이 인정되고 2차·3차 계고조치는 행정처분이 아니라는 것이 판례의 태도이다.
• 건물의 소유자에게 위법건축물을 일정기간까지 철거할 것을 명함과 아울러 불이행할 때에는 대집행한다는 내용의 철거대집행 계고처분을 고지한 후 이에 불응하자 다시 제2차, 제3차 계고서를 발송하여 일정기간까지의 자진철거를 촉구하고 불이행하면 대집행을 한다는 뜻을 고지하였다면 행정대집행법상의 **건물철거의무는 제1차 철거명령 및 계고처분으로서 발생하였고 제2차, 제3차의 계고처분은 새로운 철거의무를 부과한 것이 아니고 다만 대집행기한의 연기통지에 불과하므로 행정처분이 아니다**(대판 1994.10.28. 94누5144).
⑤ (○) 대집행영장에 의한 통지는 준법률행위적 행정행위 중 의사의 통지로서 처분에 해당하므로 행정소송을 제기할 수 있으나 대집행 실행 종료 후에는 소익이 없는 것이 보통이므로 행정쟁송으로 그 취소나 무효확인을 구할 수 없으며, 다만 대집행의 위법을 이유로 하는 손해배상이나 원상회복청구, 대집행비용 산정의 위법을 이유로 하는 비용납부명령의 취소·변경을 청구할 수 있을 뿐이다.

답 ①

10 다음 중 공법관계가 아닌 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2016 소방간부

① 국유재산 무단사용에 대한 국유재산법상의 변상금 부과
② 국유재산의 사용·수익 허가
③ 예산회계법에 의한 입찰보증금의 국고귀속조치
④ 국가나 지방자치단체에서 근무하는 청원경찰의 근무관계
⑤ 도시 및 주거환경정비법상의 주택재개발조합 설립인가

해설

① **[공법관계]** 국유재산법 51조 1항은 국유재산의 무단점유자에 대하여는 대부 또는 사용, 수익허가 등을 받은 경우에 납부해야 할 대부료 또는 사용료 상당액 외에도 그 징벌적 의미에서 국가 측이 일방적으로 그 2할 상당액을 추가하여 변상금을 징수토록 하고 있으며, 동조 2항은 변상금의 체납시 국세징수법에 의하여 강제징수토록 하고 있는 점 등에 비추어 보면 국유재산의 관리청이 그 무단점유자에 대하여 하는 변상금부과처분은 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 법률행위라 할 수 없고, 이는 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행한 것으로서 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 보아야 한다(대판 1988.2.23. 87누1046·1047 병합).
② **[공법관계]** 국유재산 등의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다(대판 2006.3.9. 2004다31074).
③ **[사법관계]** 구 예산회계법에 따라 체결되는 계약은 사법상의 계약이라고 할 것이고 동법 70조의5의 입찰보증금은 낙찰자의 계약체결의무이행의 확보를 목적으로 하여 그 불이행시에 이를 국고에 귀속시켜 국가의 손해를 전보하는 사법상의 손해배상예정으로서의 성질을 갖는 것이라고 할 것이므로 **입찰보증금의 국고귀속조치는 국가가 사법상의 재산권의 주체로서 행위하는 것이지 공권력을 행사하는 것이거나 공권력작용과 일체성을 가진 것이 아니라 할 것이므로 이에 관한 분쟁은 행정소송이 아닌 민사소송의 대상**이다(대판 1983.12.27. 81누366).
④ **[공법관계]** 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰(모든 청원경찰이 아닌 국가나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰임)은 국가공무원법이나 지방공무원법상의 공무원은 아니지만, 다른 청원경찰과는 달리 그 임용권자가 행정기관의 장이고, 국가나 지방자치단체로부터 보수를 받으며, 산업재해보상보험법이나 근로기준법이 아닌 공무원연금법에 따른 재해보상과 퇴직급여를 지급받고, 직무상의 불법행위에 대하여도 민법이 아닌 국가배상법이 적용되는 등의 특질이 있으며 그 외 임용자격, 직무, 복무의무내용 등을 종합하여 볼 때, 그 근무관계를 사법상의 고용계약관계로 보기는 어려우므로 그에 대한 징계처분의 시정을 구하는 소는 행정소송의 대상이지 민사소송의 대상이 아니다(대판 1993.7.13. 92다47564).
⑤ **[공법관계]** 행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖출 경우 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다(대판 2009.9.24. 2008다60568).

답 ③

11 행정입법과 관련된 설명 중 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2016 소방간부

① 명령이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.
② 법규명령이 모법인 법률의 위임 범위를 벗어난 경우라도 그 법규명령은 효력이 있다.
③ 판례는 법률에 반한 법규명령에 따라 행한 행정행위를 무효로 본다.
④ 법규명령이 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우에도 법규명령은 항고소송의 대상이 되지 못한다.
⑤ 부령인 시행규칙은 법규명령이므로 도로교통법 시행규칙에 규정된 제재처분의 기준은 법규성을 갖는다.

해설

① (○)
• 헌법 제107조
① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.
② **명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부**가 재판의 전제가 된 경우에는 **대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한**을 가진다.

② (×) 물품세법 3조에는 과세물품 반입자에 대하여는 물품세를 부과한다는 규정이 없음에도 불구하고 일정한 경우에 물품의 반입자를 물품세 납세의무자로 규정한 물품세법시행령 17조 6항, 동시행규칙 7조의5 3항 각호 및 4항의 규정은 **모법의 위임 없이 실질적으로 새로운 납세의무자를 규정한 것으로 무효이며** 이를 근거로 한 과세처분은 위법이다(대판 1979.2.27. 77누86).
③ (×) 무효 또는 취소사유가 된다. 하자 있는 법규명령에 따른 행정행위는 당연히 하자있는 것이 되며 그 하자는 내용상 중대한 하자이다. 따라서 근거가 된 법규명령의 하자가 외관상 명백하다면 그에 따른 행정행위는 무효가 되고 외관상 명백하지 않다면 취소할 수 있는 행위가 된다. 법규명령이 위법무효라고

선언한 대법원판결이 선고되기 전에는 법규명령에 근거한 행정행위는 취소 사유가 되지만, 법규명령이 무효로 선고된 후에 그 법규명령에 근거한 행정행위를 한 경우 무효 사유가 된다.

• 하자 있는 행정처분이 당연무효로 되려면 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이어야 할 뿐 아니라 객관적으로 명백한 것이어야 하고, 행정청이 위헌이거나 위법하여 무효인 시행령을 적용하여 한 행정처분이 당연무효로 되려면 그 규정이 행정처분의 중요한 부분에 관한 것이어서 결과적으로 그에 따른 행정처분의 중요한 부분에 하자가 있는 것으로 귀착되고, 또한 그 규정의 위헌성 또는 위법성이 객관적으로 명백하여 그에 따른 행정처분의 하자가 객관적으로 명백한 것으로 귀착되어야 하는바, 일반적으로 시행령이 헌법이나 법률에 위반된다는 사정은 그 시행령의 규정을 위헌 또는 위법하여 무효라고 선언한 대법원의 판결이 선고되지 아니한 상태에서는 그 시행령 규정의 위헌 내지 위법 여부가 해석상 다툼의 여지가 없을 정도로 명백하였다고 인정되지 아니하는 이상 객관적으로 명백한 것이라 할 수 없으므로, 이러한 시행령에 근거한 행정처분의 하자는 취소사유에 해당할 뿐 무효사유가 되지 아니한다.(대판 2007.6.14. 2004두619)

④ (×) 법규명령은 일반적 추상적 규범으로 그 자체가 직접적·구체적인 법적 효과를 가져오는 행정처분이 아니므로 원칙적으로 항고소송 대상이 될 수 없음. 단, 별도의 집행행위 없이도 국민에 대해 직접적 구체적인 법적 효과를 미치는 처분적 행정입법[처분적 법규명령, 처분적 조례]의 경우 예외적으로 그 자체가 항고소송의 대상이 된다.

• 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당(대판 1996.9.20. 95누8003).

⑤ (×) 법규명령형식의 행정규칙(행정규칙으로 정해야 할 제재기준이나 사무처리기준을 대통령령·부령으로 정한 경우) : 대통령령 형식인 경우 법규명령으로, 부령이나 지방자치단체규칙의 형식인 경우 행정규칙으로 보는 것이 원칙이다. 판례는 부령형식인 시행규칙 또는 지방자치단체의 규칙으로 정한 행정처분기준은 행정규칙에 불과하다고 판시하고 있다.

• **제재적 행정처분의 기준이 부령의 형식으로 규정되어 있더라도 그것은 행정청 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 지나지 아니하여 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없고, 당해 처분의 적법 여부는 위 처분기준만이 아니라 관계법령의 규정 내용과 취지에 따라 판단**되어야 하므로, 위 처분기준에 적합하다 하여 곧바로 당해 처분이 적법한 것이라고 할 수는 없지만, 위 처분기준이 그 자체로 헌법 또는 법률에 합치되지 않거나 위 처분기준에 따른 제재적 행정처분이 그 처분사유가 된 위반행위의 내용 및 관계법령의 규정내용과 취지에 비추어 현저히 부당하다고 인정할 만한 합리적인 이유가 없는 한 섣불리 그 처분이 재량권의 범위를 일탈하였거나 재량권을 남용한 것이라고 판단해서는 안 된다(대판 2007.9.20. 2007두6946).

답 ①

12 **행정절차법상의 처분의 신청과 관련된 설명 중 옳지 않은 것은?**(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2016 소방간부

① 행정청에 처분을 구하는 신청은 문서로 하는 것이 원칙이다.

② 신청인이 행정청의 허가업무 담당자에게 신청서의 내용에 대한 검토를 요청하였다면 명시적이고 확정적인 신청의 의사표시가 있었다고 보아야 한다.

③ 신청인은 처분이 있기 전에는 그 신청의 내용을 보완·변경하거나 취하(取下)할 수 있다.

④ 신청 내용상 보완이 가능함에도 불구하고 처분청이 보완을 요구하지 않고 곧바로 신청을 거부하였다면 위법하다.

⑤ 행정청은 신청에 필요한 구비서류, 접수기관, 처리기간, 그 밖에 필요한 사항을 게시하거나 이에 대한 편람을 갖추어 두고 누구나 열람 할 수 있도록 하여야 한다.

해설

① (○) 제17조(처분의 신청) ① 행정청에 대하여 처분을 구하는 신청은 문서로 해야 한다. 다만, 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우와 행정청이 미리 다른 방법을 정하여 공시한 경우에는 그러하지 아니하다.

② (×) **행정청에 대한 신청의 의사표시는 명시적·확정적이어야 함** : 「행정절차법」 제17조 제4항 본문은 "행정청은 신청을 받았을 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 접수를 보류 또는 거부하거나 부당하게 되돌려 보내서는 아니 되며, 신청을 접수한 경우에는 신청인에게 접수증을 주어야 한다."고 규정하고 있는바, 여기에서의 신청인의 행정청에 대한 신청의 의사표시는 명시적이고 확정적인 것이어야 한다고 할 것이므로 **신청인이 신청에 앞서 행정청의 허가업무 담당자에게 신청서의 내용에 대한 검토를 요청한 것만으로는 다른 특별한 사정이 없는 한 명시적이고 확정적인 신청의 의사표시가 있었다고 하기 어렵다**(대판 2004.9.24. 2003두13236 ; 대판 2004.10.15. 2003두13243).

③ (○) 제17조 8항

④ (○) 건축불허가처분을 하면서 그 사유의 하나로 소방시설과 관련된 소방서장의 건축부동의 의견을 들고 있으나 그 보완이 가능한 경우, 보완을 요구하지 아니한 채 곧바로 건축허가신청을 거부한 것은 재량권의 범위를 벗어난 것이어서 위법하다 할 것이다.(대판 2004.10.15. 2003두6573)

⑤ (○) 제17조 3항

답 ②

13 **정보공개와 관련된 설명 중 옳지 않은 것은?**(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2016 소방간부

① 시민단체가 행정 감시 목적으로 정보의 공개를 청구하는 것도 허용된다.

② 원본이 아닌 사본도 정보공개의 대상이 되는 정보에 해당한다.

③ 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개하여 널리 알려져 있다는 사정이 있다면 이를 이유로 한 비공개 결정은 정당하다.

④ 직무를 수행한 공무원의 성명·직위는 비록 개인정보이기는 하나 공개되어야 한다.

⑤ 권리남용 금지의 원칙은 정보공개청구사건에도 적용된다.

해설

① (○) 정보공개청구권은 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 가지며, 설립목적을 불문하므로 시민단체 등에 의한 행정감시 목적의 정보공개청구도 가능하다.

• 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 5조 1항은 "모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다."고 규정하고 있는데, 여기에서 말하는 국민에는 자연인은 물론 법인, 권리능력 없는 사단·재단도 포함되고, 법인, 권리능력 없는 사단·재단 등의 경우에는 설립목적을 불문한다(대판 2003.12.12. 2003두8050).

② (○) (○) 공공기관의 정보공개에 관한 법률상 공개청구의 대상이 되는 정보란 **공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 현재 보유·관리하고 있는 문서에 한정되는 것이기는 하나, 그 문서가 반드시 원본일 필요는 없다**(대판 2006.5.25. 2006두3049)

• 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제13조(정보공개 여부 결정의 통지) ② 공공기관은 청구인이 사본 또는 복제물의 교부를 원하는 경우에는 이를 교부하여야 한다. 다만, 공개 대상 정보의 양이 너무 많아 정상적인 업무수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우에는 정보의 사본·복제물을 일정 기간별로 나누어 제공하거나 열람과 병행하여 제공할 수 있다. ③ 공공기관은 제1항에 따라 정보를 공개하는 경우에 그 정보의 원본이 더럽혀지거나 파손될 우려가 있거나 그 밖에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 그 정보의 사본·복제물을 공개할 수 있다.

③ (×) 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있다거나 인터넷 등을 통하여 공개되어 인터넷검색 등을 통하여 쉽게 알 수 있다는 사정만으로는 소의 이익이 없다거나 비공개결정이 정당화될 수 없다(대판 2011.12.23. 2008두13101).

④ (○) 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.

6. 해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 개인에 관한 정보는 제외한다.

가. 법령에서 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보

나. 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 사생활의 비밀 또는 자유를 부당하게 침해하지 아니하는 정보

다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익이나 개인의 권리 구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보

라. 직무를 수행한 공무원의 성명·직위

마. 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로서 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업

⑤ (○) **권리남용이 명백한 경우 정보공개청구권 행사 불가** : 국민의 정보공개청구는 정보공개법 제9조에 정한 비공개 대상정보에 해당하지 아니하는 한 폭넓게 허용되어야 하지만, **실제로는 해당 정보를 취득 또는 활용할 의사가 전혀 없이 정보공개 제도를 이용하여 사회통념상 용인될 수 없는 부당한 이득을 얻으려고 하거나, 오로지 공공기관의 담당공무원을 괴롭힐 목적으로 정보공개청구를 하는 경우처럼 권리의 남용에 해당하는 것이 명백한 때에는 예외적으로 정보공개청구권의 행사를 허용할 수 없다**고 보는 것이 옳다(대판 2015.1.15. 2014두38903).

답 ③

14 취소소송과 부작위위법확인소송에 있어서 위법성 판단의 기준시점을 나열한 것으로 올바르게 짝지어진 것은? 2016 소방간부

① 처분시 – 행위시 ② 처분시 – 처분시 ③ 처분시 – 변론종결시
④ 변론종결시 – 처분시 ⑤ 변론종결시 – 변론종결시

해설

③ 위법판단의 기준시는 취소소송이나 무효등확인소송은 처분시를 기준으로 하지만, 부작위위법확인소송은 엄격한 의미의 처분이 존재하지 않으므로 성질상 위법성 판단의 기준시점을 판결시(사실심 변론종결시)로 한다.

답 ③

15 취소소송의 가구제에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? 2016 소방간부

① 법원이 직권으로도 집행정지를 결정할 수 있다.
② 본안소송이 취하되면 집행정지결정은 당연히 소멸한다.
③ 집행정지제도는 취소소송에서만 인정되는 것은 아니다.
④ 집행정지결정에 대한 즉시항고는 결정의 집행을 정지한다.
⑤ 행정소송법은 가처분제도를 규정하고 있지 않다.

해설

① (○) 법원은 당사자의 신청 또는 직권을 집행정지를 결정할 수 있다.

② (○) 행정처분의 집행정지결정을 하려면 이에 대한 본안소송이 법원에 제기되어 계속 중임을 요건으로 할 것이고 집행정지결정 후라도 **본안소송이 취하되어 그 소송에 계속하지 않는 것으로 되면 이에 따라 집행정지결정은 당연히 그 효력이 소멸되고 별도의 취소조치를 필요로 하는 것은 아니다**(대판 1975.11.11. 75누97)

③ (○) 취소소송의 집행정지에 관한 규정은 부작위위법확인소송에는 준용하지 않지만, 무효등확인소송에는 준용된다(행정소송법 제38조·제23조).

④ (×) 행정소송법 제23조 ⑤제2항의 규정에 의한 집행정지의 결정 또는 기각의 결정에 대하여는 즉시항고할 수 있다. 이 경우 집행정지의 결정에 대한 즉시항고에는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다.

⑤ (○) 행정소송법에는 가처분에 관한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 민사소송법 규정을 준용하는 행정소송법 제8조 제2항의 해석과 관련하여 행정소송에 있어서 민사소송법상의 가처분에 관한 규정을 준용할 수 있는가에 대해 견해의 대립이 있으며, 판례는 부정한다.

• 구 행정소송법이 정한 소송 중 특히 행정처분의 취소 또는 변경에 관한 소송, 소위 항고소송에 있어서는 민사소송법 중 가처분에 관한 규정이 적용되지 않는다(대결 1961.11.20, 4292행항2).

답 ④

16 "재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 성립되었다면, 행정기관은 행정의 상대방에 대해서 그러한 규칙에 따라야 한다."는 내용과 가장 연관성이 있는 행정법의 일반원칙은? 2016 소방간부

① 부당결부금지의 원칙 ② 신뢰보호의 원칙 ③ 비례의 원칙
④ 행정의 자기구속의 법리 ⑤ 적법절차의 원칙

해설

행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이나, 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우(법령보충규칙)나 재량권 행사의 준칙인 규칙(재량준칙)이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 **자기구속**을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 되는 바(법규로 전환), 이러한 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수도 있다(헌재결 1990.9.3. 90헌마13

답 ④

17 행정절차법에 규정되어 있는 절차가 아닌 것은? 2016 소방간부

① 처분절차 ② 계획확정절차 ③ 신고절차 ④ 행정예고절차 ⑤ 행정지도절차

해설

행정절차법은 처분·신고·행정상입법예고·행정예고·행정지도의 절차를 규정.

행정절차법 구성과 특징

구성	행정절차법에 규정이 없는 사항
1장 **총칙** 제1절 목적·정의 및 적용범위 *신뢰보호원칙·신의성실원칙 제2절 행정의 관할 및 협조(행정응원) 제3절 당사자 등 제4절 송달 및 기간·기한의 특례 2장 **처분** 제1절 통칙 제2절 의견제출 및 청문 제3절 공청회 3장 **신고** 4장 행정상 **입법예고** 5장 **행정예고** 6장 **행정지도** 7장 국민참여의 확대	① **확약 / 공법상 계약(행정계약)/ 행정계획수립절차**(단, 처분절차와 행정예고를 통한 간접적 규정 존재) ② 행정입법확정절차(행정상 입법예고절차는 존재) ③ **부당결부금지원칙** ④ 선례구속성의 원칙(영미법계와 달리 우리나라는 원칙 자체가 부정됨) ⑤ 행정개입청구권 / 손실보상청구권 ⑥ 행정강제·행정집행절차 / **행정조사절차** ⑦ 절차상 하자 있는 행정행위의 일반적 효력 / 행정행위 하자의 치유와 전환 ⑧ 제3자효 행정행위에 있어 제3자에 대한 사전통지제도 ⑨ 불가쟁력이 발생한 행정행위의 재심사 ⑩ 행정행위의 개념, 부관, 재량, 행정행위의 효력과 무효 사유, 행정행위의 취소·철회 ⑪ 대량절차, 기계에 의한 처리에 관한 절차

답 ②

18 국가배상법 제5조 소정의 영조물 책임과 관련된 설명 중 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2016 소방간부

① 공항의 소음은 설치나 관리상의 하자가 아니라 이용상의 하자에 불과하므로 영조물 책임이 성립하지 않는다.

② 도로의 설치 후 제3자의 행위에 의하여 그 본래 목적인 통행상의 안전에 결함이 발생한 경우 도로에 객관적인 결함이 생긴 것이므로 곧바로 도로의 보존상 하자를 인정할 수 있다.

③ 하천정비기본계획 등에서 정한 계획홍수량 및 계획홍수위를 충족하여 하천이 관리되고 있다고 하더라도 하천이 범람하였다면 하천 관리상의 하자를 인정할 수 있다.

④ 완성되지 아니한 옹벽으로써 아직 일반 공중의 이용에 제공되지 않고 있는 상태라고 하더라도 하자가 있다면 이는 국가배상법 제5조 소정의 설치상의 하자라고 할 수 있다.

⑤ 집중호우로 제방도로가 유실되면서 그 곳을 걸어가던 보행자가 강물에 휩쓸려 익사한 경우, 사고 당일의 집중호우가 50년 빈도의 최대강우량에 해당한다고 하더라도 불가항력으로 볼 수 없다.

해설

① (×) 국가배상법 제5조 제1항에 정하여진 '영조물의 설치 또는 관리의 하자'라 함은 공공의 목적에 공여된 영조물이 그 용도에 따라 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하고, 안전성을 갖추지 못한 상태, 즉 타인에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 상태라 함은 당해 영조물을 구성하는 물적 시설 그 자체에 있는 물리적·외형적 흠결이나 불비로 인하여 그 이용자에게 위해를 끼칠 위험성이 있는 경우뿐만 아니라, 그 영조물이 공공의 목적에 이용됨에 있어 그 이용상태 및 정도가 일정한 한도를 초과하여 제3자에게 사회통념상 수인할 것이 기대되는 한도를 넘는 피해를 입히는 경우까지 포함된다고 보아야 한다. 김포공항에서 발생하는 소음 등으로 인근 주민들이 입은 피해는 사회통념상 수인한도를 넘는 것으로서 김포공항의 설치·관리에 하자가 있다(대판 2005.1.27. 2003다49566).

② (×) **도로의 설치 후 제3자의 행위에 의하여 도로의 통행상 안전에 결함이 생긴 경우, 도로보존상의 하자에 대한 판단기준** : 도로의 설치 또는 관리·보존상의 하자는 도로의 위치 등 장소적인 조건, 도로의 구조, 교통량, 사고시에 있어서의 교통 사정 등 도로의 이용 상황과 본래의 이용 목적 등 제반 사정과 물적 결함의 위치, 형상 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 구체적으로 판단해야 하는데, 도로의 설치 후 제3자의 행위에 의하여 그 본래의 목적인 통행상의 안전에 결함이 발생한 경우에는 도로에 그와 같은 결함이 있다는 것만으로 성급하게 도로의 보존상 하자를 인정하여서는 안 되고, 당해 도로의 구조, 장소적 환경과 이용 상황 등 제반 사정을 종합하여 그와 같은 결함을 제거하여 원상으로 복구할 수 있는데도 이를 방치한 것인지 여부를 개별적·구체적으로 심리하여 하자의 유무를 판단해야 한다(대판 1997.4.22. 97다3194).

③ (×) 관리청이 하천법 등 관련 규정에 의해 책정한 하천정비기본계획 등에 따라 개수를 완료한 하천 또는 아직 개수 중이라 하더라도 개수를 완료한 부분에 있어서는, 위 하천정비기본계획 등에서 정한 계획홍수량 및 계획홍수위를 충족하여 하천이 관리되고 있다면 당초부터 계획홍수량 및 계획홍수위를 잘못 책정하였다거나 그 후 이를 시급히 변경해야 할 사정이 생겼음에도 불구하고 이를 해태하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 하천은 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추고 있다고 봄이 상당하다(대판 2007.9.21. 2005다65678).

④ (×) **공사중이며 아직 완성되지 않아 일반 공중의 이용에 제공되지 않는 옹벽은 국가배상법 제5조 1항의 영조물이 아님** : 지방자치단체가 비탈사면인 언덕에 대하여 현장조사를 한 결과 붕괴의 위험이 있음을 발견하고 이를 붕괴위험지구로 지정하여 관리하여 오다가 붕괴를 예방하기 위하여 언덕에 옹벽을 설치하기로 하고 소외 회사에게 옹벽시설공사를 도급 주어 소외 회사가 공사를 시행하다가 깊이 3m의 구덩이를 파게 되었는데, 피해자가 공사현장 주변을 지나가다가 흙이 무너져 내리면서 위 구덩이에 추락하여 상해를 입게 된 사안에서, 위 사고 당시 설치하고 있던 옹벽은 소외 회사가 공사를 도급 받아 공사 중에 있었을 뿐만 아니라 아직 완성도 되지 아니하여 일반 공중의 이용에 제공되지 않고 있었던 이상 국가배상법 5조 1항 소정의 영조물에 해당한다고 할 수 없다(1998.10.23. 98다17381).

⑤ (○) **50년 빈도의 최대강우량 ⇨ 불가항력 부정** : 집중호우로 제방도로가 유실되면서 그곳을 걸어가던 보행자가 강물에 휩쓸려 익사한 경우, 사고 당일의 집중호우가 50년 빈도의 최대강우량에 해당한다는 사실만으로 불가항력에 기인한 것으로 볼 수 없다(대판 2000.5.26. 99다53247).

[비교판례] **600~1,000년 빈도의 최대강우량 ⇨ 불가항력 인정** : 100년 발생빈도의 강우량을 기준으로 책정된 계획홍수위를 초과하여 600년 또는 1,000년 발생빈도의 강우량에 의한 하천의 범람은 예측가능성 및 회피가능성이 없는 불가항력적인 재해로서 그 영조물의 관리청에게 책임을 물을 수 없다(대판 2003.10.23. 2001다48057).

답 ⑤

19 국가공무원법상의 소청심사제에 관한 내용으로 옳은 것은? 2016 소방간부

① 행정소송법에 따라 공무원의 징계처분에 불복 하는 자는 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하고 항고소송을 제기할 수 있다.
② 소청 사건의 결정은 재적 위원 과반수의 출석과 출석 위원 과반수의 합의에 따른다.
③ 소청심사위원회가 소청사건을 심사할 때에는 소청인 또는 대리인에게 진술기회를 주어야 하나, 이러한 진술기회를 주지 아니한 결정은 취소사유에 해당한다.
④ 소청심사위원회의 취소명령 또는 변경명령 결정은 그에 따른 징계나 그 밖의 처분이 있을 때까지는 종전에 행한 징계처분 또는 징계부가금 부과처분에 영향을 미치지 아니한다.
⑤ 소청심사위원회의 결정은 문서로 하여야 한다. 다만 정당한 사유가 있는 경우 그 사유를 구체적으로 밝힌 이후 말로서 할 수 있다.

해설

① (×) 제16조(행정소송과의 관계) ① 제75조(징계처분 등 사유설명서의 교부)에 따른 처분, 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위(不作爲)에 관한 **행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.**
② (×) 제14조(소청심사위원회의 결정) ① 소청 사건의 결정은 **재적 위원 3분의 2 이상의 출석과 출석 위원 과반수의 합의**에 따르되, 의견이 나뉠 경우에는 출석 위원 과반수에 이를 때까지 소청인에게 가장 불리한 의견에 차례로 유리한 의견을 더하여 그 중 가장 유리한 의견을 합의된 의견으로 본다.
③ (×) 제13조(소청인의 진술권) ① 소청심사위원회가 소청 사건을 심사할 때에는 대통령령등으로 정하는 바에 따라 소청인 또는 제76조제1항 후단에 따른 대리인에게 진술 기회를 주어야 한다. ② 제1항에 따른 **진술 기회를 주지 아니한 결정은 무효로 한다.**
④ (○) 제14조 6항.
⑤ (×) 제14조(소청심사위원회의 결정) ⑧ 소청심사위원회의 결정은 그 이유를 구체적으로 밝힌 결정서로 하여야 한다.

답 ④

20 직접강제에 의한 실효성 확보수단에 해당 하지 않는 것은? 2016 소방간부

① 출입국관리법에 따른 외국인 강제퇴거
② 관광진흥법에 따른 무허가영업소의 간판 제거
③ 공중위생관리법에 의한 명령위반영업소의 폐쇄
④ 도로교통법에 의한 도로의 위법 인공구조물에 대한 조치
⑤ 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 토지수용목적물의 강제인도

해설

⑤는 행정대집행에 해당한다. 단, 수용된 토지의 인도(명도)의무는 대체적 작위의무가 아니므로 대집행을 할 수 없고, 직접적 실력행사 필요.
- 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제43조(토지 또는 물건의 인도 등) 토지소유자 및 관계인과 그 밖에 토지소유자나 관계인에 포함되지 아니하는 자로서 수용하거나 사용할 토지나 그 토지에 있는 물건에 관한 권리를 가진 자는 수용 또는 사용의 개시일까지 그 토지나 물건을 사업시행자에게 인도하거나 이전하여야 한다.
- 동법 제89조(대집행) ① 이 법 또는 이 법에 따른 처분으로 인한 의무를 이행하여야 할 자가 그 정하여진 기간 이내에 의무를 이행하지 아니하거나 완료하기 어려운 경우 또는 그로 하여금 그 의무를 이행하게 하는 것이 현저히 공익을 해친다고 인정되는 사유가 있는 경우에는 사업시행자는 시·도지사나 시장·군수 또는 구청장에게 「행정대집행법」에서 정하는 바에 따라 대집행을 신청할 수 있다. 이 경우 신청을 받은 시·도지사나 시장·군수 또는 구청장은 정당한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.

답 ⑤

21 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 상 비공개 대상정보에 해당된다고 볼 수 없는 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2016 소방간부

① 공개될 경우 부동산 투기·매점매석 등으로 특정인에게 이익 또는 불이익을 줄 우려가 있다고 인정되는 정보
② 법인·단체 또는 개인(이하 '법인 등'이라 한다)의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보
③ 당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보
④ 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 정보
⑤ 다른 법률 또는 행정규칙에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보

해설

⑤ (×) 비공개 대상은 다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정)에 따라 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보이다.
- 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 1조, 3조, 헌법 37조의 각 취지와 행정입법으로는 법률이 구체적으로 범위를 정하여 위임한 범위 안에서만 국민의 자유와 권리에 관련된 규율을 정할 수 있는 점을 고려할 때, 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 9조 1항 1호 소정의 '법률에 의한 명령'은 법률의 위임규정에 의하여 제정된 대통령령, 총리령, 부령 전부를 의미하기보다는 정보의 공개에 관하여 법률의 구체적인 위임 아래 제정된 법규명령(위임명령)을 의미한다(대판 2003.12.11. 2003두8395).

• **제9조(비공개 대상 정보)** ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개대상이 된다. 단, 다음 해당 정보는 공개하지 않을 수 있다.

1. 다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보
2. 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보
3. 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 정보
4. 진행 중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정(矯正), 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보
5. 감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리에 관한 사항이나 의사결정 과정 또는 내부검토 과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보. 다만, 의사결정 과정 또는 내부검토 과정을 이유로 비공개할 경우에는 의사결정 과정 및 내부검토 과정이 종료되면 제10조에 따른 청구인에게 이를 통지해야 한다.
6. 해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 개인에 관한 정보는 제외한다.
   - 가. 법령에서 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보
   - 나. 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 사생활의 비밀 또는 자유를 부당하게 침해하지 아니하는 정보
   - 다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익이나 개인의 권리 구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보
   - 라. 직무를 수행한 공무원의 성명·직위
   - 마. 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로서 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업
7. 법인·단체 또는 개인의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음에 열거한 정보를 제외한다.
   - 가. 사업활동에 의하여 발생하는 위해(危害)로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보
   - 나. 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보
8. 공개될 경우 부동산 투기·매점매석 등으로 특정인에게 이익 또는 불이익을 줄 우려가 있다고 인정되는 정보

답 ⑤

22 행정소송의 심리에 관한 설명으로 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2016 소방간부

① 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.

② 취소소송에 당해 처분의 취소를 선결문제로 하는 부당이득반환청구가 병합된 경우, 그 청구가 인용되려면 소송절차에서 당해 처분의 취소가 확정되어야 한다.

③ 행정소송에서 쟁송의 대상이 되는 행정처분의 존부는 소송요건으로서 직권조사사항이다.

④ 사실심에서 변론 종결시까지 당사자가 주장하지 않던 직권조사사항에 해당하는 사항을 상고심에서 비로소 주장하는 경우 그 직권조사사항에 해당하는 사항은 상고심의 심판범위에 해당한다.

⑤ 법원이 당사자가 주장하지도 않은 법률효과에 관한 요건사실이나 공격·방어방법을 시사하여 그 제출을 권유하는 행위는 변론주의의 원칙에 위배되고 석명권 행사의 한계를 일탈한 것이 된다.

해설

① (○) 행정소송법 제26조(직권심리) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.

② (×) **행정처분의 취소를 구하는 취소소송에 당해 처분의 취소를 선결문제로 하는 부당이득반환청구가 병합된 경우, 그 청구가 인용되려면 소송절차에서 당해 처분의 취소가 확정되어야 하는 것은 아님** : 행정소송법 제10조는 처분의 취소를 구하는 취소소송에 당해 처분과 관련되는 부당이득반환소송을 관련 청구로 병합할 수 있다고 규정하고 있는바, 이 조항을 둔 취지에 비추어 보면, 취소소송에 병합할 수 있는 당해 처분과 관련되는 부당이득반환소송에는 당해 처분의 취소를 선결문제로 하는 부당이득반환청구가 포함되고, 이러한 부당이득반환청구가 인용되기 위해서는 그 소송절차에서 판결에 의해 당해 처분이 취소되면 충분하고 그 처분의 취소가 확정되어야 하는 것은 아니라고 보아야 한다.(대판 2009.4.9. 2008두23153)

③④ (○) 행정소송에서 **쟁송의 대상이 되는 행정처분의 존부는 소송요건으로서 직권조사사항**이고, 자백의 대상이 될 수 없는 것이므로, 설사 그 존재를 당사자들이 다투지 아니한다 하더라도 그 존부에 관하여 의심이 있는 경우에는 이를 직권으로 밝혀 보아야 할 것이고, **사실심에서 변론종결시까지 당사자가 주장하지 않던 직권조사사항에 해당하는 사항을 상고심에서 비로소 주장하는 경우 그 직권조사사항에 해당하는 사항은 상고심의 심판범위에 해당**한다.(대판 2004.12.24. 2003두15195)

⑤ (○) **법원의 석명권 행사의 내용·한계** : 법원의 석명권 행사는 당사자의 주장에 모순된 점이 있거나 불완전·불명료한 점이 있을 때에 이를 지적하여 정정·보충할 수 있는 기회를 주고, 계쟁 사실에 대한 증거의 제출을 촉구하는 것을 그 내용으로 하는 것으로, **당사자가 주장하지도 아니한 법률효과에 관한 요건사실이나 독립된 공격방어방법을 시사하여 그 제출을 권유함과 같은 행위를 하는 것은 변론주의의 원칙에 위배되는 것으로 석명권 행사의 한계를 일탈하는 것이 된다.**(대판 2001.1.16. 99두8107)

답 ②

23 다음 중 지방자치법상 주민들이 가지는 권리로 볼 수 없는 것은? 2016 소방간부

① 주민투표부의권 ② 주민감사청구권 ③ 주민소송권
④ 조례제정·개폐청구권 ⑤ 소속 지방자치단체의 재산 및 공공시설 이용권

해설

주민투표의 요구나 청구는 중앙행정기관장, 주민, 지방의회가 할 수 있지만 주민투표 부의나 발의(주민투표에 부치는 행위)는 지방자치단체장이 한다.

• **지방자치법 제14조(주민투표)** ① 지방자치단체의 장은 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항 등에 대하여 주민투표에 부칠 수 있다.

• 주민투표법 13조(주민투표의 발의)
① 지방자치단체의 장은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 지체 없이 그 요지를 공표하고 관할선거관리위원회에 통지하여야 한다.
1. 제8조제3항의 규정(중앙행정기관장이 요구한 경우)에 의하여 관계 중앙행정기관의 장에게 주민투표를 발의하겠다고 통지한 경우
2. 제9조제2항 또는 제5항의 규정(주민이나 지방의회의 청구)에 의한 주민투표청구가 적법하다고 인정되는 경우
3. 제9조제6항의 규정(자치단체장 직권)에 의한 동의를 얻은 경우

■ 주민의 권리와 의무

주민의 권리	① 소속 지방자치단체의 재산과 공공시설 이용권, 지방자치단체로부터 균등하게 행정의 혜택을 받을 권리 ② 법령으로 정하는 바에 따라 해당 지방자치단체에서 실시하는 지방의회의원·지방자치단체장 선거에 참여할 권리(선거권, 피선거권) ③ 기타 : 주민소환투표권, 주민투표권, 조례제정·개폐청구권, 주민감사청구권, 주민소송제기권, 청원권, 행정쟁송제기권, 손해배상청구권, 손실보상청구권
주민의 의무	비용부담의무(법령으로 정하는 바에 따라 소속 지방자치단체의 비용을 분담 - 지방세, 공공시설사용료, 사무처리에 대한 대가로서의 수수료, 지방자치단체의 재산 또는 공공시설로 인하여 주민의 일부가 특히 이익을 받은 때 이익을 받은 범위에서 부담하는 분담금 등)

답 ①

24 2015년 3월 5일 지방경찰청장은 금품수수 사실에 터 잡아 청렴의무 위반을 이유로 甲을 파면처분하였는데, 2015년 5월 7일 소청심사위원회에서 재량권 남용·일탈을 이유로 해임 결정하였다. 甲이 금품수수사실이 없음을 이유로 취소소송을 제기하는 경우 적법한 피고 및 취소소송의 대상은? 2016 소방간부

① 소청심사위원회, 2015년 5월 7일 파면
② 소청심사위원회, 2015년 3월 5일 해임
③ 지방경찰청장, 2015년 3월 5일 파면
④ 지방경찰청장, 2015년 5월 7일 해임
⑤ 지방경찰청장, 2015년 3월 5일 해임

해설
• 피고적격 : 징계처분권자인 지방경찰청장
• 취소소송 대상 : 소청심사위원회 결정(행정심판 재결에 해당)의 고유한 위법을 이유로 하는 것이 아니므로 원처분주의 원칙상 2015년 3월 5일자 징계처분으로 하되, 소청심사에 의해 해임처분으로 변경되었으므로 해임처분을 대상으로 해야 한다.

답 ⑤

25 행정행위와 관련된 설명 중 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함) 2016 소방간부

① 행정청이 어느 법률관계나 사실관계에 대하여 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀지지 아니하여 그 해석에 다툼의 여지가 있는 때에 이를 잘못 해석하여 행정처분을 하였다면 그러한 처분은 무효이다.
② 하자 있는 행정행위의 치유는 행정행위의 성질이나 법치주의의 관점에서 볼 때 원칙적으로 허용될 수 없다.
③ 국가공무원으로 임용된 뒤 명예퇴직하였으나 임용 전에 당지 국가 공무원법상의 임용결격 사유가 있었으면 국가가 과실에 의하여 이를 밝혀내지 못하였다고 하더라도 그 임용행위는 당연무효이다.
④ 어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권 면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니다.
⑤ 행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없다.

해설
① (×) 행정청이 어느 법률관계나 사실관계에 대하여 어느 법률의 규정을 적용하여 행정처분을 한 경우에 그 법률관계나 사실관계에 대하여는 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀져 그 해석에 다툼의 여지가 없음에도 불구하고 행정청이 위 규정을 적용하여 처분을 한 때에는 그 하자가 중대하고도 명백하다고 할 것이나, 그 **법률관계나 사실관계에 대하여 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀지지 아니하여 그 해석에 다툼의 여지가 있는 때에는 행정관청이 이를 잘못 해석하여 행정처분을 하였더라도 이는 그 처분 요건사실을 오인한 것에 불과하여 그 하자가 명백하다고 할 수 없는 것**이고, 또한 행정처분의 대상이 되는 법률관계나 사실관계가 전혀 없는 사람에게 행정처분을 한 때에는 그 하자가 중대하고도 명백하다 할 것이나, 행정처분의 대상이 되지 아니하는 어떤 법률관계나 사실관계에 대하여 이를 처분의 대상이 되는 것으로 오인할 만한 객관적인 사정이 있는 경우로서 그것이 처분대상이 되는지의 여부가 그 사실관계를 정확히 조사하여야 비로소 밝혀질 수 있는 때에는 비록 이를 오인한 하자가 중대하다고 할지라도 외관상 명백하다고 할 수는 없다.(대판 2004.10.15. 2002다68485 / 2012.10.25. 2010두25107).
② (○) 하자 있는 행정행위의 치유는 행정행위의 성질이나 법치주의 관점에서 볼 때 원칙적으로 허용될 수 없는 것이고, 예외적으로 행정행위의 무용한 반복을 피하고 당사자의 법적 안정성을 위해 이를 허용하는 때에도 국민의 권리나 이익을 침해하지 않는 범위에서 구체적 사정에 따라 합목적적으로 인정하여야 할 것이다(대판 2002.7.9. 2001두10684).
③ (○) **당연무효인 국가공무원 임용행위의 하자의 치유 부정** : 원고가 국가공무원으로 임용된 뒤 명예퇴직하였으나 임용 전에 당시 국가공무원법상의 임용결격사유가 있었으면 국가의 과실에 의하여 이를 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연무효이고, 그 하자가 치유되는 것은 아니어서 퇴직급여청구신청을 반려하는 처분은 적법하다(대판 1996.4.12. 95누18857).
④ (○) **확약인 어업면허우선순위결정의 처분성 부정** : **어업권면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니므로, 우선순위결정에 공정력이나 불가쟁력과 같은 효력은 인정되지 아니하며**, 따라서 우선순위결정이 잘못되었다는 이유로 종전의 어업권면허처분이 취소되면 행정청은 종전의 우선순위결정을 무시하고 다시 우선순위를 결정한 다음 새로운 우선순위결정에 기하여 새로운 어업권면허를 할 수 있다(대판 1995.1.20. 94누6529).
⑤ (○) **부담 외의 부관은 독립쟁송 불가** : 행정행위의 부관은 부담인 경우를 제외하고는 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 없는 바, 기부채납 받은 행정재산에 대한 사용·수익허가에서 공유재산의 관리청이 정한 사용·수익허가의 기간은 그 허가의 효력을 제한하기 위한 행정행위의 부관으로서 이러한 사용·수익허가의 기간에 대해서는 독립하여 행정소송을 제기할 수 없다(대판 2001.6.15. 99두509).

답 ①